

Navegando entre el decomiso sin condena y la Asistencia Legal Mutua

Oscar Solorzano¹

1 Problemática

En las últimas décadas, los desarrollos legislativos de las diferentes regiones del mundo en materia de corrupción y de recuperación de activos han sido proficuos y diversos.

En América latina, por ejemplo, se vienen adoptando diversas leyes que expanden considerablemente las posibilidades de recuperar los activos ilícitos a través de tipologías de decomiso no tradicionales, que facilitan el trabajo de los fiscales. Pero, justamente, el hecho de que sean decomisos no tradicionales - y quien dice no tradicionales dice no armonizados - ha generado algunas desacuerdos en ámbito de la cooperación judicial internacional en materia penal.

Las características distintivas de la NCBF y el decomiso penal

	Extinción de dominio	Confiscación penal tradicional
Enfoque del procedimiento	<i>In rem</i> El decomiso se dirige contra los activos ilícitos (<i>in rem</i>). El titular del activo es esencialmente un tercero.	<i>En persona</i> El decomiso es parte de un procedimiento dirigido contra un individuo o una compañía y usualmente se ordena como parte de la condena o después.
Nivel de prueba	Balance de probabilidades El estándar del derecho civil es aplicable, lo que se traduce aproximadamente en una certeza del 50%+1. No se requiere una condena penal.	Más allá de toda duda razonable El estándar del derecho penal es aplicable, lo que se traduce aproximadamente en un 95% de certeza. El decomiso debe seguir a una condena penal previa.
Difusión	América Latina Un número cada vez mayor de países latinoamericanos están introduciendo este tipo de leyes. Existen leyes similares en muchos países de derecho consuetudinario e incluso en algunos países de tradición de derecho civil.	Casi universal Prácticamente todos los países conocen alguna forma de decomiso penal.

Tomemos como escenario de la problemática el siguiente ejemplo:

- Un Estado parte de la región de América Latina que dispone ahora en su arsenal legislativo de una ley de **extinción de dominio**² que permite la recuperación de activos independientemente de la condena del autor del delito.
- En el mismo escenario, imaginemos que ese Estado lleva adelante un proceso de **extinción de dominio** que se termina por una sentencia final en la que indica que una cuenta bancaria

¹ Los puntos de vista y opiniones expresados en este documento son los del autor y no reflejan necesariamente la posición oficial del Instituto de Basilea sobre Gobernabilidad o de su Centro Internacional para la Recuperación de Activos.

² Modelo latinoamericano de decomiso sin condena.

localizada en centro financiero internacional y que constituye el producto de un delito de corrupción de funcionarios y, que por tanto, debe regresar al tesoro público de ese Estado.

- Finalmente, imaginemos que el centro financiero - convertido en Estado requerido por un pedido de ALM del Estado víctima de actos de corrupción - no dispone de una ley comparable de recuperación de activos o dispone de leyes similares pero que difieren profundamente en su ámbito de aplicación, ya sean porque son acciones totalmente independientes del proceso penal o acciones civiles o administrativas.

Basados en el principio de territorialidad de la cooperación judicial en materia penal - según el cual el estado requerido aplica principalmente su propio derecho en el contexto de la ALM - el Estado Requerido podría rechazar la solicitud de cooperación.

¿Puede suceder en la compleja escena internacional que un Estado le diga a otro que no puede dar efecto a una sentencia final y ejecutable porque la acción legal a la base de la recuperación de activos es desconocida en el derecho del Estado Requerido?

La respuesta simple es si. De hecho sucede recurrentemente en el plano internacional que las acciones de países víctimas se ven frustradas porque algunos Estados rechazan las solicitudes en escenarios bastante similares al antes descrito. Los principios de soberanía y territorialidad le garantizan ese derecho inalienable.

La respuesta menos simple es: depende. Las relaciones interestatales están compuesta de un cumulo de obligaciones - vinculantes o no - en el plan internacional. Como consecuencia de ello, existen compromisos convencionales y del derecho internacional que es necesario estudiar con más detalle.

2 Argumentos en favor de la ejecución de decomisos sin condena

Para no banalizar un análisis jurídico complejo entre varios cuerpos normativos, internacionales y domésticos, conviene mencionar algunos principios de la ALM y decisiones de las altas Cortes de protección de los derechos humanos que según nuestra perspectiva abogan por la ejecución de sentencias extranjeras de decomiso sin condena en estados que incluso desconocen la herramienta, pero no el principio. Por efecto de las convenciones regionales relevantes, esto último debería ser el caso en la mayoría de los Estados Europeos que albergan centros financieros importantes.

- En primer lugar, tenemos al principio de favor (*favorability*) estipulado en el art. 46 CNUCC, según el cual los Estados, en el contexto de la cooperación internacional, se deben acordar la “medida más amplia” posible para favorecer la ejecución de un pedido de ALM. Concretamente, el principio de favor requiere que el Estado Requerido estudie en detalle la solicitud extranjera y decida entre las distintas soluciones legales disponibles, la que favorezca más eficazmente su ejecución. Es decir, si hay dos soluciones antagónicas que resultan del derecho interno e internacional, las autoridades deberían escoger la disposición que permite la ejecución de la ALM en el sentido de la solicitud del Estado Requerido.

- En relación a esto último, cabe constatar que en los últimos 20 años han emergido claros estándares internacionales que hacen del decomiso sin condena una acción idónea para recuperar el producto de la corrupción. En repetidas ocasiones el TEDH³ ha validado estas acciones en relación a la garantías de los derechos humanos y hasta ha llegado a decir que existen en Europa las condiciones emergentes para desarrollar una política común en esta materia. Una suerte de estándar internacional europeo favorable al decomiso sin condena. En atención a esto, los estados que por razones justificadas deberán rechazar la ejecución de decomisos extranjeros deberán, según el contenido material mínimo del principio de favor, motivar legalmente la (o las) razones que justifican su rechazo.
- Finalmente, en el campo de la política criminal internacional, vemos que surgen cada vez mas herramientas de tipo confiscatorio en tratados multilaterales y regionales y que las organizaciones internacionales activas en el campo de la lucha contra los delitos económicos, recomiendan el decomiso sin condena a titulo de estándar internacional, por ejemplo la Recomendación 4 del Grupo de Acción Financiera Internacional. En consecuencia, como en américa latina, son varios los Estados han empezado a adoptar con relativo éxito y con mucho esfuerzo, leyes mas incisivas contra la criminalidad financiera que se pueden ver paralizadas por los motivos antes explicados.

Ante esta circunstancia urge que la cuestión sea tratada con la seriedad del caso. Por un lado los estados tradicionalmente victimas de actos de corrupción deberían asegurarse que sus leyes y practicas respetan los estándares internacionales relacionados con el debido proceso. Por otro lado, los Estados Requeridos debería hacer el sincero esfuerzo por vivir en el espíritu de las convenciones internacionales, particularmente la CNUCC, y aplicar los principios que favorecen la persecución de los delitos internacionales y la recuperación de los activos.

3 Caso de estudio: Perú, Suiza y Luxemburgo

Desde el 2007 el Perú dispone de una ley de recuperación de activos sin condena. Hasta el 2012, esta ley fue prácticamente inaplicada pero desde la adopción de una forma mas viable de decomiso sin condena en el 2011, empezaron a surgir casos internacionales de recuperación de activos sin condena. En su mayoría casos de corrupción de ex altos funcionarios de Estado.

En el 2018, el Perú adoptó la Ley de Extinción de dominio y desde entonces existen al menos dos casos que cuentan con decisiones finales y ejecutables en el Perú y que han sido objeto de solicitudes de exequatur; tanto en Suiza como en Luxemburgo. El modelo peruano de decomiso sin condena implementa un proceso autónomo distinto del proceso penal e incorpora algunas reglas del proceso civil, respetando las garantías del debido proceso.

Por su parte, Suiza y Luxemburgo conocen en sus derechos internos el principio del decomiso sin condena pero como una posibilidad dentro del derecho penal y procesal penal, no como una acción autónoma e independiente. A pesar de ello, en ambos casos los pedidos peruanos de ejecución de sentencia han sido aceptados y se encuentran pendientes.

³See the words of the European Court of Human Rights in its decision *Gogitidze and others v. Georgia* (2015), 12 May 2015, Appl. No. 36862/05, para. 105, 121; see also Art. 4(2) of the Directive 2014/42/EU on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union; Various Latin American countries have introduced NCBC, denominating it "extinción de dominio".

Desde el inicio de las negociaciones entre ambos estados se debe destacar una posición determinada de las autoridades peruanas. El asesoramiento técnico es claro indispensable, pero es una posición personal decir que lo que ha hecho verdaderamente el cambio de paradigma en estos casos es la proactividad de las autoridades de los estados requerido y requirente.

Varias reuniones de las delegaciones nacionales han sido necesarias e intercambios de cartas rogatorias con notas explicativas, que al final van a resultar – pensando positivamente – en la recuperación de varios millones de dólares para el Estado peruano que sufrió los latrocinios de su clase política dirigente.